

CONSELHEIRO LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO FILHO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO: 0003066-80.2021.2.00.0000

RELATOR: Conselheiro Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

REQUERENTE: Sigiloso

REQUERIDO: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

EMENTA: RATIFICAÇÃO DE LIMINAR. MAGISTRATURA. CASAL HOMOAFETIVO MÃES MAGISTRADAS. GRAVIDEZ COMPARTILHADA. LICENÇA À GESTANTE. MÃE NÃO-GESTANTE. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL. ESTATUTO IMPLÍCITO DA HOMOAFETIVIDADE. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.277/RJ. CASAS HOMOAFETIVOS E HETEROAFETIVOS. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE TRATAMENTO DESIGUAL COM FUNDAMENTO EM SEXO E/OU EM ORIENTAÇÃO SEXUAL. PROVIMENTO ACAUTELATÓRIO. INTERESSE PÚBLICO. CONTINUIDADE DO SERVIÇO. HARMONIZAÇÃO. PROVIMENTO VÁLIDO ATÉ DELIBERAÇÃO DEFINITIVA PELO CNJ. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA PARCIALMENTE.

ACÓRDÃO

O Conselho decidiu, por unanimidade: I - incluir em pauta o presente procedimento, nos termos do § 1º do artigo 120 do Regimento Interno; II - ratificar a liminar, nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento o Ministro Luiz Fux. Plenário Virtual, 13 de agosto de 2021. Votaram os Excelentíssimos Conselheiros Luiz Fux, Maria Thereza de Assis Moura, Emmanoel Pereira, Luiz Fernando Tomasi Keppen, Rubens Canuto, Tânia Regina Silva Reckziegel, Mário Guerreiro, Candice L. Galvão Jobim, Flávia Pessoa, Sidney Madruga, Ivana Farina Navarrete Pena, Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, André Godinho e Luiz Fernando Bandeira de Mello. Não votou, em razão da vacância do cargo, o representante da Câmara dos Deputados.

RELATÓRIO

██████████, juíza de Direito, acorre ao CNJ em 27 de abril de 2021 inconformada com decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que indeferiu seu direito à fruição de licença-maternidade por conta do nascimento de seu filho (id 4335688).

A requerente informa que é casada com outra magistrada da mesma Corte e que a criança foi gestada por inseminação artificial heteróloga, razão porque ambas constam como mães do recém-nascido.

À mãe gestante, deferiu-se regularmente a licença-maternidade, no prazo estipulado por lei. Contudo, a mãe não-gestante, ora requerente, viu seu requerimento indeferido. A construção argumentativa da decisão local lançou mão de interpretação analógica com a legislação previdenciária em vigor sobre benefícios concedidos em caso de adoção. Nesse sentido, afirmou a impossibilidade de dupla concessão simultânea de licença-maternidade. Entende que a decisão questionada falhou ao subsumir o caso sob exame às normas de regência da matéria, porquanto o direito à percepção salário-maternidade estaria garantido à “mãe biológica”, e não apenas à gestante.

Rechaça a possibilidade de distinção entre as mães biológicas tão-somente por conta da gestação, destacando o flagrante rompimento do princípio-postulado constitucional da igualdade.

Requer, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional final para, desde pronto, deferir à requerente o direito ao gozo de licença-maternidade. No mérito, pugna a ratificação da liminar.

Em 3 de maio de 2021, a Associação dos Magistrados Brasileiros requereu seu ingresso no feito, na qualidade de parte interessada, emprestando argumentos em prol do requerimento da autora (id 4344781).

Em 7 de junho de 2021, reiterado o pedido de urgência para a concessão da cautela vindicada (id 4379930).

Em 22 de junho de 2021, deferi parcialmente a medida acautelatória requerida, admitindo a Associação dos Magistrados Brasileiros como terceiro interessado e garantindo à magistrada não-gestante o direito de dividir a prorrogação da licença à gestante prevista no art. 5º da Res. CNJ n.º 321, de 15 de maio de 2020, na proporção indicada pelo casal, e o exercício da jurisdição em teletrabalho enquanto durar a licença à gestante da outra mãe.

VOTO

Submeto ao referendo do Plenário, em cumprimento ao art. 25, XI, *in fine*, do Regimento Interno do CNJ, a medida acauteladora por mim deferida nestes autos:

O Conselho Nacional de Justiça é colegiado de natureza constitucional a que compete a supervisão da atuação administrativa do Poder Judiciário, zelando pela observância do art. 37 da Constituição da República, e incumbido da guarda do cumprimento do Estatuto da Magistratura.

Para o adequado cumprimento de seu mister, o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça prevê a possibilidade de o relator, diante de risco efetivo, iminente ou fundado ao direito invocado, deferir medidas de natureza urgentes e acauteladoras para salvaguardar o resultado útil da demanda administrativa.

É comum que a legislação confira esquadros firmes para que se verifique a compatibilidade (ou não) da alegação com o conjunto normativo de regência a partir dos fatos apresentados e contrapostos.

Contudo, a matéria submetida a apreciação deste Conselho demanda mais que a fria análise dos efeitos jurídicos de determinada situação de fato.

As promessas constitucionais de construção de uma sociedade fraterna, igualitária e livre de discriminações abandonaram sua tradicional característica programática. Hoje, a sociedade organizada lança mão de instrumentos jurídico-constitucionais para combater a omissão regulamentar que suprime ou que impede a fruição de direitos, o que joga o Poder Judiciário no centro da arena política.

É nesse embalo que a jurisdição assume, particularmente a partir de 1988, papel de protagonismo em discussões que envolvem a tutela de direitos e de garantias de grupos sociais que sofrem pela falta da adequada regulamentação pela via democrática ordinária. A esse propósito, Maria Berenice Dias leciona:

Enquanto a legislação não cumprir sua função de criar pautas de condutas para servirem de baliza, a única solução de quem se encontra à margem do sistema jurídico será socorrer-se do Poder Judiciário. Esse é o caminho que vem sendo trilhado por todos aqueles a quem a sociedade vira o rosto. Quem não tem nem voz nem vez precisa ter certeza de encontrar na Justiça uma resposta. É a última esperança dos que têm todas as portas fechadas, a começar a da família, que estigmatiza o filho que não reproduz o modelo que lhe foi ensinado como o único possível: casar e multiplicar-se para perpetuar a espécie.¹

Trata-se do exercício, pelo Poder Judiciário em geral — e pelas supremas cortes especificamente —, da atribuição contramajoritária que o caracteriza. Tal aspecto, naquilo que se refere ao exercício do poder de contenção das majorias em benefício de grupos minoritários, é classificado como *iluminista*, definido pelo Professor Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, como a atuação das cortes “quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório”².

Em cumprimento ao dever constitucional de proteção das minorias, há pouco mais de dez anos, coube ao Supremo Tribunal Federal dar resposta às provocações da Procuradoria-Geral da República e do Estado do Rio de Janeiro para permitir a brasileiras e brasileiros

¹ DIAS, Maria Berenice. **Rumo a um novo Direito**. in: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e Direito Homoafetivo**. 3ª ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 297.

² BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2173.

homoafetivos a construção de, nas palavras do Senhor Ministro Presidente, Luiz Fux, um “projeto de felicidade” amparado pela lei.

O acórdão da Suprema Corte proferido Ação Direta de Inconstitucionalidade de autos n.º 4.277, do Distrito Federal, relatada pelo então Ministro Ayres Britto, lança os fundamentos desse *estatuto implícito da homoafetividade* — ou, em outras palavras, reconhece a superação do paradigma tradicional do direito de família, substituindo-o por um *direito das famílias*.

Amparada na noção de que o sexo das pessoas e que suas preferências sexuais não podem se constituir como fatores de discriminação jurídica, a histórica decisão proclama que todas as famílias, independentemente de sua composição, são igualmente dignas e merecedoras da proteção constitucional do Estado brasileiro.

Excerto do acórdão da citada ação direta:

(...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. **Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos.** A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). **Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autônoma família.** Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (...) (STF. ADI 4.277/RJ. Rel. Min. AYRES BRITTO. Plenário. j. em 5 mai. 2021.) (g. n.)

Ao reconhecer a dignidade de entidade familiar (*rectius*, família) às uniões homoafetivas, “segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, aos frutos dessa união devem ser garantidos **idênticos** direitos àqueles que assistem aos integrantes de famílias compostas por pais de diferentes gêneros ou, ainda, à comunidade familiar formada com arrimo no vínculo afetivo.

Da união entre a requerente e sua esposa, resultou uma criança.

Segundo consta da petição inicial, a criança teria sido gerada por “inseminação artificial”, ou seja, por fecundação artificial heteróloga. Essa modalidade de reprodução assistida ocorre quando o material genético cedido por uma das mães é fecundado com material genético de terceiro doador. O óvulo fecundado é implantado nas trompas uterinas da outra mãe, que gesta e dá à luz a criança.

Ocorreu o que o Conselho Federal de Medicina, órgão supervisor da deontologia profissional a quem incumbe fiscalizar desempenho ético da medicina³, denomina de *gestação*

³ Art. 2º da Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957. Sobre o tema: PITTELLI, Sérgio Domingos. O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à Saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, n. 1, mar. 2002, p. 38-59.

compartilhada: “a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira”⁴.

Exclusivamente para fins de melhor compreensão do caso, passarei a utilizar os termos *mãe gestacional* para referir-me àquela que cedeu seu útero para a gestação e *mãe não-gestacional* para fazer referência àquela que doou seu material genético para a concepção da criança. Parto, afinal, da premissa de que a qualidade de mãe tanto da magistrada requerente quanto de sua esposa é absoluta e, portanto, o vínculo de filiação não comporta hierarquizações.

Sob o argumento de que a qualidade de *mãe* é suficiente para a concessão da licença prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição da República⁵, e pelo art. 4º da Resolução n.º 321, de 15 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça⁶, ambas as genitoras da criança requereram a concessão simultânea do benefício.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos do Processo Administrativo n.º 8500039-16.2018.8.06.0035, reconheceu que o ordenamento jurídico nacional tutela a existência de múltiplas formas de vínculos familiares e de parentalidade. Contudo, considerou “inviável a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar, ante a ausência de permissivo legal para tanto” (id 4335692, p. 29).

Efetivamente, a ausência de lei formal regulando situações como a dos autos demanda a busca por soluções alternativas com espreque na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito⁷.

As prescrições do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277/RJ fornecem algumas linhas-guia para oferecer uma (e não a definitiva) solução para o caso.

A legislação nacional prescreve duas categorias de licença-filiação, ou seja, da abstenção do exercício das atividades laborais por profissional a quem a condição de mãe ou de pai é reconhecida.

A primeira delas é a licença devida pelo nascimento de descendente direto: a licença-maternidade, deferida à mãe **gestante**, e a licença-paternidade, outorgada ao pai da criança. Esta modalidade de afastamento é introduzida no Brasil com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943 e, hoje, é-lhe reconhecida dignidade constitucional.

A segunda espécie é licença que não se origina no vínculo biológico entre os pais e a filha ou o filho. Trata-se, pois, da licença concedida àquele que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Esses afastamentos são concedidos, indiscutivelmente, a partir do reconhecimento constitucional da absoluta prioridade dos direitos das crianças, adolescentes e jovens, em regime de assistência integral, e da igualdade entre os filhos, independentemente da natureza do vínculo de filiação.

No âmbito do Poder Judiciário, a matéria é disciplinada pela Resolução n.º 321, de 15 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

Este é o conjunto normativo de referência:

A magistradas e servidoras gestantes, confere-se licença pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, automaticamente prorrogáveis por mais 60 (sessenta).

Aos magistrados e servidores adotantes, independentemente do sexo, são deferidos os mesmos direitos, nos mesmos termos e pelos mesmos prazos.

Já aos pais, é deferida a concessão de licença-paternidade tanto após o nascimento quanto a adoção por 5 (cinco) dias, prorrogáveis por mais 15 (quinze), sem prejuízo da remuneração. O que se percebe é que, apesar dos avanços relacionados ao reconhecimento da dignidade jurídica de outras formas de vínculos familiares, como a homoparentalidade⁸, as normas que tratam sobre o assunto no âmbito do Poder Judiciário nacional ainda tomam como fator de discrimen o gênero dos pais.

Com isso, a pura transcrição das normas vigentes à realidade de casais homoafetivos

⁴ Item 3 do Capítulo II do Anexo à Resolução n.º 2.168, de 21 de setembro de 2017, do Conselho Federal de Medicina.

⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

⁶ Art. 4º Será concedida às magistradas e servidoras gestantes, bem como às que obtenham guarda judicial para fins de adoção ou que adotem criança ou adolescente, licença por cento e vinte dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

⁷ LINDB, art. 4º.

⁸ Cito, também, a pluriparentalidade, hipótese em que são reconhecidos múltiplos vínculos de filiação. Como exemplo, cita-se “o reconhecimento judicial da filiação decorrente de casal homoafetivo formado pelas mães e por pai biológico” ou a “cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente à paternidade biológica” (LAGE, Fernanda de Carvalho; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A multiparentalidade. In: DIAS, 2007, p. 217.)

acaba por replicar odioso preconceito que o estatuto informal regente dessas relações rechaça.

No caso dos autos, a pergunta a ser respondida é: deve ser deferida licença à gestante à mãe que, em gestação compartilhada, doou seu oócito para implantação no útero de sua esposa ou companheira?

Dessa pergunta, surgem outras. Os pais de filho tido em união homoafetiva masculina, nascido por gestação de substituição⁹, terão direito apenas à licença-paternidade? Se o sexo é condição absoluta para a concessão de referido tipo de licença, o pai gestante¹⁰ também fruirá apenas de licença-paternidade?

O Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2019, reconheceu a existência de repercussão geral na discussão sobre a *possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial*.

Embora a tese de repercussão geral fixada pareça idêntica à destes autos, destaco que a matéria lá enfrentada não é, em tudo, igual àquela que ora se coloca sob exame do Conselho.

No Recurso Extraordinário de autos n.º 1.211.446, sob relatoria do e. Ministro Luiz Fux, discute-se a possibilidade de a mãe não-gestacional requerer a concessão de licença à gestante na hipótese em que a mãe parturiente, autônoma, não fizer jus à fruição do benefício.

Transcrevo parte do voto condutor do reconhecimento da repercussão geral:

Outrossim, imperioso destacar que, no caso concreto, (i) a recorrida é servidora pública, enquanto a sua companheira, que viveu a gestação, é trabalhadora autônoma e não usufruiu do direito à licença-maternidade, e (ii) a gestação decorreu de procedimento de inseminação artificial heteróloga, no qual fecundado o óvulo da recorrida, de sorte que a criança possui duas mães biológicas. Nesse contexto, emerge relevante questão jurídica que tangencia não só a possibilidade de extensão da licença-maternidade à mãe não gestante, em união homoafetiva, mas também os limites e parâmetros fixados para essa extensão. (g. n.)

Já no âmbito deste Conselho, em sede de análise de providência **acautelatória**, adoto por critério de decisão a compreensão de que a Resolução n.º 321, de 15 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, deve ser interpretada de forma integrativa para garantir, por um lado, a tutela da unidade familiar e, por outro, o interesse da Administração Pública na prestação do serviço jurisdicional.

Uma vez reconhecida que a tipificação de gênero constante do ato normativo em comento não pode ser lida como taxativa, sob pena de afronta à dignidade da manifestação de gênero e da preferência sexual tidas como dimensões da própria dignidade humana, deve-se oferecer às requerentes, no curso desse processo, adequada resposta.

A fim de *harmonizar* as distintas normas que, em maior ou menor grau, incidem sobre o caso, tenho que o requerimento acautelatório merece parcial provimento. Minha convicção, no entanto, é lastreada em um juízo meramente inicial do contato com a matéria e, evidentemente, muito se beneficiará dos futuros debates colegiados a respeito do tratamento que a matéria terá no âmbito deste Conselho.

A solução aqui engendrada não se propõe a finalizar a pertinente discussão a respeito da possibilidade, ou não, do deferimento de dupla licença-maternidade aos casais homoafetivos formados por duas mulheres em que ambas são mães, no sentido biológico, da criança nascida.

O que se faz é, a partir de instrumentos jurídicos já existentes, que não causarão impacto às finanças ou à necessidade de serviço do Tribunal, desconsiderar as referências a gênero para garantir às mães direitos análogos àqueles que seriam concedidos a casais heteroafetivos em situação similar, ao menos enquanto avança a discussão a respeito da possibilidade da dupla concessão de licença à gestante para mães em gestação compartilhada.

O objetivo é garantir, **em sede cautelar**, com fundamento na legislação atualmente em vigor, a máxima proteção aos direitos da mãe não-gestante enquanto o Colegiado deste

9 Capítulo VII do Anexo à Resolução n.º 2.168, de 21 de setembro de 2017, do Conselho Federal de Medicina.

10 Gravidez de homens trans com Órgãos reprodutores em funcionamento.

Conselho Nacional não se manifesta definitivamente a respeito do direito vindicado. Ao mesmo tempo, esta decisão tem por objetivo impor o menor ônus possível ao Tribunal de Justiça, incumbido da organização de suas atividades para oferecer à população um serviço público de qualidade, por valor módico e, principalmente, com celeridade.

5. Dispositivo

Ante o exposto, em conformidade e nos termos da fundamentação:

1. defiro o ingresso da AMB na qualidade de terceira interessada;

2. defiro parcialmente a medida liminar requerida a fim de determinar ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que:

2.1. garanta à requerente a fruição de licença-natalidade para a mãe não-gestante, pelo prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por mais 15 (quinze) dias, sem prejuízo da remuneração, a requerimento, análoga ao benefício previsto no art. 2º da Res. CNJ n.º 321, de 15 de maio de 2020, exclusivamente por conta da falta de regulamentação específica do tema;

2.2. garanta às mães biológicas, se assim o desejarem, a divisão da prorrogação da licença-natalidade prevista no art. 5º da Res. CNJ n.º 321, de 15 de maio de 2020, na proporção por elas indicada, permitindo à mãe não-gestante a fruição concomitante à do benefício concedido à mãe gestante, nos termos do art. 4º do citado ato normativo; e

2.3. garanta à requerente o direito de laborar em regime de teletrabalho, com prejuízo das atividades desenvolvidas presencialmente, sugerindo-se sua alocação temporária em Equipe de Trabalho Remoto, prevista na Res. CNJ n.º 227, de 15 de junho de 2016, ou em Núcleo da Justiça 4.0, previsto na Res. CNJ n.º 385, de 6 de abril de 2021, ou em outra função adequada à necessidade de serviço do Tribunal, enquanto perdurar a licença da mãe gestante.

Intime-se o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará com urgência para **cumprimento imediato**.

Intimem-se

Inclua-se na pauta de julgamentos para ratificação, alertando a Secretaria Processual da necessidade de adoção das maiores cautelas para preservar o sigilo do feito e garantir a identidade das partes envolvidas, em especial por conta da presença de dados pessoais sensíveis de infante recém-nascido.

Voto, nos termos postos, pelo referendo da medida cautelar.

Luiz Fernando BANDEIRA de Mello
Conselheiro Relator